



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RICARDO FENELON DAS NEVES JUNIOR

A AUTORIZAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO REGULAR

BRASÍLIA / DF

2011

RICARDO FENELON DAS NEVES JUNIOR

A AUTORIZAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes

BRASÍLIA / DF

2011

RICARDO FENELON DAS NEVES JUNIOR

A AUTORIZAÇÃO NO TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes

Brasília-DF, 13 de maio de 2011.

Banca Examinadora

Rodrigo Fernandes
Orientador

Examinador

Examinador

Aos meus pais que sempre me incentivaram e apoiaram em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Rodrigo Fernandes pela compreensão e apoio prestados ao longo da elaboração deste trabalho.

Aos meus supervisores na Procuradoria da Agência Nacional de Aviação Civil, Dr. Paulo Cesar Wanke e Dr. Gabriel de Mello Galvão.

RESUMO

Atualmente, a exploração de serviços aéreos públicos, quando se trata de transporte aéreo regular, depende de concessão prévia, conforme estabelece o art. 180 do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA. Ocorre que, conforme mensagem de proposta de projeto de lei enviada pelo Presidente do Conselho de Aviação Civil (CONAC), o Ministro da Defesa, ao Presidente da República, as atuais normas sobre exploração dos serviços aéreos, contidas no Título VI do CBA, mostram-se insuficientes para disciplinar as atividades e relações desse segmento. O presente estudo busca demonstrar que a autorização é a forma mais adequada para se delegar o transporte aéreo regular.

Palavras-chave: Direito aeronáutico. Serviços públicos. Concessão, permissão e autorização. Serviços Aéreos Públicos. Transporte aéreo regular.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. SERVIÇOS PÚBLICOS.....	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
1.1.1 <i>A crise na noção de serviços públicos.....</i>	<i>13</i>
1.2 CONCEITOS.....	14
1.3 DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	16
1.3.1 <i>Concessão de Serviços Públicos.....</i>	<i>18</i>
1.3.2 <i>Permissão de Serviços Públicos.....</i>	<i>22</i>
2. A AUTORIZAÇÃO COMO FORMA DE DELEGAÇÃO.....	24
2.1 CONCEITO.....	25
2.2 AUTORIZAÇÃO SEM NATUREZA DE DELEGAÇÃO.....	26
2.3 PARTICULARIDADES DA AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES.....	27
3. DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR.....	30
3.1 BREVE DESCRIÇÃO DO SETOR.....	30
3.2 A AVIAÇÃO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO.....	32
3.3 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA.....	33
3.4 DO REGIME DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS PÚBLICOS.....	35
3.4.1 <i>A concessão do transporte aéreo regular.....</i>	<i>35</i>
3.4.2 <i>A obrigatoriedade de procedimento licitatório.....</i>	<i>37</i>
3.4.3 <i>O Acórdão 346/2008 do Tribunal de Contas da União.....</i>	<i>39</i>
4. PROJETO DE LEI Nº 6.961/2010: NOVO REGIME DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS.....	42
5. CONCLUSÃO.....	45
6. REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo, baseado no Acórdão nº 346/2008 do Tribunal de Contas da União, que determinou ao Conselho Nacional de Aviação Civil mudanças regulatórias na prestação dos serviços aéreos, demonstrar que o instituto da autorização é, dentro do arcabouço jurídico brasileiro, a melhor opção para outorga dos serviços públicos de transporte aéreo regular.

O estudo também leva em conta o Projeto de Lei nº 6.961 de 2010, submetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, em 11 de março de 2010, que propõe a alteração da Lei nº 7.565/1986, em específico na parte da exploração dos serviços aéreos públicos, propondo a substituição da concessão pela autorização na outorga desses serviços.

Para que fique demonstrado o cabimento de um instituto em lugar do outro, faz-se necessário explicar detalhadamente os conceitos, as características e as regras de cada um, sempre partindo da Constituição Federal de 1988 e chegando às normas infraconstitucionais.

Nesse passo, o primeiro capítulo deste trabalho abordará o tema serviço público, tratando dos tópicos mais relevantes em relação ao tema. De início, será realizado um apanhado histórico da expressão serviço público e suas características, para depois chegar aos principais conceitos e classificações de serviços públicos, demonstrando quais são os de titularidade da união, porém delegáveis aos particulares, sempre sob o ponto de vista da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, ainda no primeiro capítulo, tratar-se-á das duas formas de outorga dos serviços públicos: concessão e permissão, previstas no art. 175 da Constituição Federal de 1988. Será feita uma análise dos conceitos e características de cada espécie, além de exemplos atuais de quando cada uma é utilizada pelo Poder Público.

O segundo capítulo tratará da autorização, uma outra forma de delegação, prevista no art. 21, da Constituição, que não é aceita por toda a doutrina administrativista. Num primeiro momento, serão apresentados os conceitos dos doutrinadores que não consideram a autorização como forma de delegação de serviços públicos, para depois

apresentar o conceito adotado neste trabalho do instituto como forma de prestação indireta pelo Estado de serviços públicos. Em seguida, se esmiuçar o instituto da autorização sem natureza delegatória, como poder de polícia e não instrumento de outorga, para que fiquem claras as diferenças entre os dois tipos.

Por fim, ainda no segundo capítulo, tratará do instituto da autorização criado pela Lei nº 9.472/95 (Lei Geral de Telecomunicações), demonstrando que o dispositivo criou uma nova espécie de autorização sem a característica da precariedade, pois trata-se de um ato vinculado.

Mais adiante, o terceiro capítulo fará, inicialmente, uma breve descrição do setor de aviação civil no Brasil, especialmente em relação ao transporte regular de passageiros. Em seguida, contará como a aviação civil surgiu constitucionalmente no país e como se apresenta atualmente tanto na Constituição quanto na legislação específica.

O terceiro capítulo também tratará do regime atual de exploração dos serviços aéreos públicos, a partir dos dispositivos do CBA. Dessa forma, mostrará, inclusive como é o processo pelo qual uma empresa se torna concessionária de serviços aéreos. Ao final, este capítulo, analisará o Acórdão 346/2008 do Tribunal de Contas da União, que trata especificamente da exploração dos serviços aéreos, a partir de uma auditoria que foi realizada no setor e principalmente nos contratos de concessão assinados até aquele momento.

O quarto e último capítulo servirá para uma análise do Projeto de Lei nº 6.961, que prevê a inclusão e alteração de dispositivos no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986), com objetivo de adequá-lo não só a Constituição de 1988 e normas infraconstitucionais posteriores, mas também a realidade do setor aéreo brasileiro e mundial. Nesse intuito, um estudo detalhado e completo mostrará os principais fatos que levaram a criação do projeto, as principais mudanças propostas nele relevantes para este estudo e os objetivos destas alterações.

Por derradeiro, em conclusão, este estudo buscará demonstrar em primeiro lugar que a concessão, devido às suas características (principalmente a obrigatoriedade de procedimento licitatório) e previsões legais (art. 175 CF/88 e Lei nº 8.987/1995), não é adequada nos casos de outorga de serviços aéreos.

Em segundo lugar, ainda na conclusão, este trabalho mostrará a viabilidade do instituto da autorização para os casos de outorga de serviços aéreos públicos, sua adequação à legislação brasileira e à realidade mundial que tende à reformulação e modernização do transporte aéreo de passageiros.

1. SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente, as primeiras noções de serviço público foram elaboradas na França, na chamada “Escola do Serviço Público”, capitaneada por Leon Duguit. Um dos objetivos desta escola, conforme ensina o Professor Celso Antonio Bandeira de Melo¹, era substituir o eixo metodológico do Direito Administrativo da idéia de “poder estatal” pela de “serviço aos administrados”.

As noções desta escola eram tão amplas que às vezes abrangiam não só os serviços públicos, mas todas as atividades do Estado. “A Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público”, disse Jean Rivero².

Leon Duguit, que considerava o serviço público como atividade ou organização, propôs a substituição da idéia de soberania pela de serviço público, argumentando que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes³.

Posteriormente, foram sendo incorporadas diversas atividades ao conceito de serviços público, como exemplo as atividades que o Estado exercia, diretamente ou indiretamente (por meio de delegação), inclusive aquelas atividades econômicas exercidas pelo Estado em regime jurídico de direito privado.

Naquele momento, quando os próprios franceses reconheceram que se o conceito fosse tão abrangente, tão elástico, seria inútil do ponto de vista dos efeitos jurídicos, as escolas e os autores iniciaram uma busca por definições menos abrangentes.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 657.

² RIVERO, Jean apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p. 657.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 99.

1.1.1 A crise na noção de serviços públicos

Em meados do século XX, houve a chamada crise na noção de serviço público, pois havia situações em que este serviço não era prestado pelo Estado ou não era prestado inteiramente sob regime de direito público.

Antigamente, os autores combinavam simultaneamente três elementos para conceituar serviço público: o subjetivo, o material e o formal. O primeiro (subjetivo) levava em conta a pessoa jurídica prestadora da atividade, ou seja, o serviço público seria aquele prestado pelo Estado. Já sob a ótica do critério material, que levava em conta a atividade exercida, o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas. Por último, pelo critério formal, que levava em conta o regime jurídico, o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público⁴.

Naquela época, a do Estado Liberal, quando surgiram as primeiras noções de serviço público, este abrangia atividades de interesse geral, exercidas pelo Estado em regime de direito público, permitindo assim a combinação perfeita e simultânea dos três elementos acima.

Entretanto, a partir de um certo momento, o Estado começou a exercer um número maior de atividades, inclusive comerciais e industriais. Além disso, em alguns casos, por falta de capacidade, o Estado começou a delegar certos serviços aos particulares para prestação sob regime jurídico predominantemente privado. A partir deste momento, não era mais possível combinar os três elementos, o que levou alguns autores a falar de crise na noção de serviço público⁵.

Atualmente, os três elementos ainda existem, mas com diferenças em relação à concepção original, pois a combinação dos três é menos freqüente, não sendo em muitos casos sequer possível, como, por exemplo, nos casos em que o Estado delega o serviço a particulares o que já impediria a análise pelo critério subjetivo. Os autores têm utilizado um critério ou no máximo combinado dois para chegar a uma definição.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 101.

⁵ Ibidem, p. 102.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶:

Jean Rivero (1981:494) mostra que atualmente a combinação dos três elementos é menos freqüente. Existem necessidades de interesse geral que a autoridade atende satisfatoriamente, mas que nem por isso confia a órgãos públicos; e também pode acontecer que entidades públicas, como autarquias, desempenhem atividade industrial ou comercial idêntica à das empresas privadas similares, e que não pode ser considerada serviço público, uma vez que nenhuma peculiaridade distingue o seu regime do adotado no setor privado. Há, aí, uma dissociação dos sentidos subjetivo e material. A dissociação é igualmente freqüente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: os serviços comerciais e industriais do Estado são exercidos pelas empresas estatais sob regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas.

Posteriormente, volta-se a falar em crise no conceito de serviço público, pois na União Européia o conceito de serviço exclusivo do Estado se torna incompatível com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Na França, chegam a substituir a expressão serviço público por serviço de interesse econômico geral. No Brasil, apesar de uma certa liberalização dos serviços públicos⁷, ainda não é possível falar em crise conceitual.

1.2 CONCEITOS

Atualmente no Brasil, na Constituição e nas leis, não há definição do que é serviço público e nem os doutrinadores conseguiram chegar a um único conceito ou ao menos parecido.

Preliminarmente, faz-se necessário distinguir serviço público em sentido subjetivo (orgânico), de serviço público em sentido objetivo (material). No sentido orgânico, serviço público não se refere às atividades e sim ao conjunto de órgãos e entidades que compõem o aparelho administrativo do Estado. No próprio texto da Constituição Federal de 1988, no artigo 37, inciso XIII, a expressão é utilizada desta forma⁸.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 102.

⁷ Ibidem, p. 106-108.

⁸ Art. 37, XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do **serviço público**. (grifo nosso)

Por outro lado, em sentido objetivo, a expressão serviço público trata de uma determinada atividade ou conjunto de atividades. Tais atividades variarão de acordo com a definição da doutrina⁹. No presente trabalho, sempre que utilizarmos a expressão serviço público, será no sentido objetivo ou material, tratando das atividades. A seguir, serão apresentados os diversos conceitos presentes na doutrina brasileira.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe genericamente em seu art. 175 que a prestação dos serviços chamados de públicos é de responsabilidade do Poder Público¹⁰. Apesar de definir quem é o titular desses serviços, a Lei Magna não define o que são esses serviços. Por esse motivo, também não há na doutrina brasileira consenso quanto ao significado de serviços públicos.

Alguns autores dão conceitos bastante amplos do que seja serviço público, tratando-o como sinônimo de “função pública” ou “atividade pública”, enquanto outros conceituam de forma mais restrita. Do ponto de vista mais abrangente, serviço público seria toda atividade exercida pelo Estado, incluindo aqui a atividade judiciária, a administrativa e a legislativa. José Cretella Júnior¹¹, por exemplo, leciona que “serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Hely Lopes Meirelles¹² define serviço público de forma um pouco mais restrita, pois exclui as atividades legislativa e jurisdicional, entretanto, ainda é ampla, pois abrange todas as atividades exercidas pela administração pública, inclusive o Poder de Polícia, veja:

Serviço público é todo aquele prestado pela **Administração** ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. (grifo nosso)

⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 624.

¹⁰ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹¹ CRETELLA JUNIOR, José (2003:319) apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 102.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.p. 423

Já os autores que adotam definições restritas, entendem que os serviços públicos são atividades administrativas (distintas do poder de polícia) exercidas pela Administração Pública, sob o regime de direito público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello adotam conceitos restritos, entretanto, para a primeira não é necessário que a prestação estatal satisfaça diretamente um interesse da população, pois existem serviços considerados públicos, como aqueles realizados internamente pelo Estado e os serviços diplomáticos, que não são usufruíveis diretamente pela coletividade e sim de forma coletiva.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para este trabalho, interessa que serviços públicos são atividades, definidas em lei, prestadas em prol da sociedade pela Administração Pública, que pode delegá-las aos particulares por meio de concessão, permissão ou em casos especiais autorização. Independente de serem delegados ou não, os serviços serão prestados sob regime jurídico de direito público, além de que a titularidade dos serviços é intransferível, sendo sempre do Estado. O que pode ser transferida é a prestação.

1.3 DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos podem ser prestados de maneira direta e indireta. Na direta, o próprio Estado presta as atividades, enquanto na indireta ele transfere a um particular a prestação dos serviços.

Quando o Estado presta serviços públicos diretamente, ele o faz de duas formas: primeiro de forma centralizada, em que a administração direta presta os serviços, e

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 656.

segundo de forma descentralizada, em que as entidades da administração indireta prestam os serviços (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público).

Em relação à forma indireta de prestar serviços públicos, esta surgiu quando no passado o Estado percebeu que não seria possível realizar certos tipos de atividade por falta de organização adequada. A partir daí, o Poder Público começou a delegar alguns serviços ao particular¹⁴.

Observa-se que a Administração Pública, quando executa seus próprios serviços, o faz como titular deles; enquanto que, quando delega a outro, pode transferir-lhes a titularidade ou simplesmente a execução. A transferência da titularidade só pode ser outorgada por lei, e só por lei pode ser alterada¹⁵.

Ressalte-se, nos termos do inciso X, artigo 21, da Constituição, que nem todos os serviços públicos são delegáveis, ou seja, existem alguns que só podem ser prestados exclusivamente pelo Estado (pela Administração direta ou indireta)¹⁶.

Vejamos na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷:

Há duas espécies de serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de serviço postal e correio aéreo nacional, como resulta do art. 21, X. Isto porque, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” a “f”) diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente “ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.

Não se tratando, portanto, de serviço postal e correio aéreo nacional, pode o Estado outorgar os demais serviços públicos aos particulares. Há três maneiras pelas quais o

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 102.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 423.

¹⁶ Art. 21, X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 656.

Poder Público transfere a prestação dessas atividades: por concessão, permissão ou autorização.

As duas formas mais comuns de delegação dos serviços públicos pelo Poder Público são a concessão e a permissão. O artigo 175 da Constituição Federal estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O dispositivo acima estabeleceu ainda, em seu parágrafo único, a edição de lei para dispor sobre o regime jurídico das concessões e permissões, sobre as condições de caducidade, fiscalização e extinção dos respectivos contratos, sobre os direitos dos usuários, sobre a política tarifária e sobre a obrigação de manter serviço adequado.

Nesse sentido, respaldada na Constituição, a União editou a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

1.3.1 Concessão de Serviços Públicos

Concessão de serviços públicos é o contrato administrativo através do qual o Estado delega a alguém a execução de um serviço público, para que este o execute em nome próprio, por sua conta e risco, tendo como garantia contratual um equilíbrio econômico-financeiro, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço¹⁸.

Para que haja concessão de um serviço público, é necessário que o Estado seja titular daquele serviço, titularidade esta que se mantém mesmo quando o serviço é transferido ao particular, permitindo inclusive a alteração de cláusulas e a rescisão do contrato por motivo de interesse público.

Uma das principais características da concessão é que o concessionário obtenha algum tipo de remuneração pela exploração do serviço concedido. Em regra, a remuneração se dá através de tarifas cobradas dos usuários daquele serviço. Há casos,

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 297.

entretanto, como, por exemplo, nas concessões de rádio e televisão, que a remuneração ocorre por meio de anúncios publicitários, em que o concessionário não cobra diretamente dos usuários.

Logo, na concessão não é proibido que o concessionário se remunere por fontes alternativas de receita, todavia, se o serviço fosse remunerado apenas por fontes estranhas à exploração do serviço, não seria concessão. Conclui-se que, no caso de concessão de serviços públicos, alguma receita tem que ser gerada da exploração do serviço concedido.¹⁹

Ademais, outro aspecto que merece destaque na concessão de serviço público, presente tanto no art. 175 da Carta Magna quanto no art. 14 da lei específica, é a obrigatoriedade de licitação. Isto significa que, em se tratando de concessão, não se aplicam os casos de dispensa de licitação presentes na lei nº 8.666/1993 sobre licitações e contratos administrativos.

Maria Sylvia Di Pietro entende que não se aplicam às licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previstos em lei, entretanto, entende que é possível uma declaração de inexigibilidade em situações em que se demonstre a inviabilidade de competição.²⁰ Ao contrário, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo defendem que, por ser a Constituição tão explícita no art. 175, não cabe a “declaração de inexigibilidade de licitação” e por isso, mesmo quando haja apenas um concorrente, deve haver licitação.²¹

O art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995 estabelece que, nos casos de concessão de serviços públicos, a modalidade de licitação adequada é a concorrência.²² Há uma exceção a este comando presente na Lei nº 9.074/1995 que prevê a possibilidade de licitação na modalidade leilão nos casos em que o serviço público esteja em mãos de empresas estatais e se pretenda deslocá-lo delas.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 687.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 299.

²¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 655.

²² Art. 2º, II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, **mediante licitação, na modalidade de concorrência**, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (grifo nosso)

No julgamento da licitação nos casos de concessão, diferentemente da Lei 8.666/1993, adota-se um dos critérios seguintes, conforme previsto no art. 15 da Lei 8.987/1995, transcrito abaixo:

Art.15 - No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV – a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Após a escolha do concorrente, este firmará, em acordo com o art. 23 da Lei 8.987, um contrato de adesão com o poder concedente contendo diversas cláusulas essenciais. Estas deverão, dentre outras, tratar do objeto, da área e do prazo da concessão, do preço do serviço, dos critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifas, dos direitos e deveres dos usuários e dos direitos e deveres do concessionário.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²³ é necessário que também contenha no contrato:

Todos os elementos necessários para identificação dos termos em que foi composta a equação econômico-financeira, isto é, a igualdade convencionada, a qual compreende não só a margem de lucro como a amortização do capital, o equipamento implantado, sua permanente atualização e a reversão dele quando finda por qualquer razão a concessão.

Em relação ao prazo da concessão, este deverá estar previsto no edital de concorrência, como dispõe o art. 18 da Lei nº 8.987²⁴. Não há dúvida quanto ao fato de que a concessão sempre será por prazo determinado, o que ocorre é que não há previsão legal referente à duração máxima do prazo. Desta forma, como a outorga do serviço por concessão

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 707.

²⁴ Art. 18, I - o objeto, metas e **prazo da concessão**. (grifo nosso)

depende de lei que a autorize, ficou a cargo dos Legislativos dos entes federados (União, Estados e Municípios), quando autorizaram os Executivos a concessão de determinados serviços, estabelecerem prazos máximos ou específicos. Nos casos em que há prazo máximo fixado para a concessão de um serviço, vale este.²⁵

Vale destacar, ainda, a questão das tarifas cobradas dos usuários nos casos de concessão de serviços públicos. As tarifas, que são diferentes das taxas, pois são valores pagos pelo usuário de um serviço público ao respectivo prestador.

Pertinentes são os comentários de Hely Lopes Meirelles²⁶ sobre o tema:

O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público), e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí por que impõe-se a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço, a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada (art. 23, IV).

Concluindo, é importante tratar sobre a extinção da concessão. Esta se dará quando a Administração, por diversas causas e formas, retoma o serviço previamente concedido. Pode acontecer pelo término do prazo da concessão (reversão), quando o serviço naturalmente volta para o Poder Concedente; pode ocorrer quando há interesse público superveniente à concessão (encampação ou resgate); pode ocorrer devido à inadimplência do concessionário, que leva à rescisão unilateral do contrato pelo Concedente (caducidade); ocorre quando o concessionário demanda a rescisão do contrato por descumprimento de cláusula contratual pelo Poder Concedente; e, finalmente, pode ocorrer também anulação do contrato de concessão por ilegalidade da concessão ou do contrato²⁷.

Por fim, conforme será estudado no capítulo 3 do presente trabalho, lembre-se que atualmente no Brasil, erroneamente, a delegação para que se explore serviços aéreos públicos, quando se trata de transporte aéreo regular, se dá sempre por meio de concessão.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 710.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 434.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 436.

1.3.2 Permissão de Serviços Públicos

Teoricamente, a Lei nº 8.987, de 1995, dispõe sobre o regime e normas gerais da concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. No entanto, pouco se fala na lei a respeito da permissão de serviços públicos. Exemplo disso é o Capítulo XI “Das Permissões” que tem apenas um artigo (art. 40) e que em seu parágrafo único estabelece que “aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”²⁸. Por esta razão, pode-se afirmar que, no presente, o regime jurídico aplicável às permissões é praticamente o mesmo das concessões.

Apesar do mesmo regime jurídico, concessão e permissão são instrumentos completamente diferentes, através dos quais o Estado delega à prestação de serviços públicos a particulares. A começar pelo conceito de permissão, presente na lei acima mencionada (art. 2º, IV), que considera como permissão de serviço público “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

As principais diferenças entre permissão e concessão podem ser extraídas dos próprios conceitos presentes na Lei nº 8.987/1995. Primeiro, existe na permissão a possibilidade de delegação tanto para pessoas jurídicas quanto para pessoas físicas. Segundo, enquanto na concessão as licitações devem obrigatoriamente ocorrer na modalidade concorrência, na permissão não há previsão legal de modalidade específica. Por fim, ao contrário das concessões, as principais características de um contrato de permissão são a precariedade deste e a possibilidade dele ser revogado unilateralmente²⁹.

Diante das características da permissão, principalmente a precariedade, o instituto deveria ser utilizado pelo Estado nos casos em que o permissionário não precisasse fazer um investimento muito alto, ou quando o equipamento utilizado no serviço pudesse ser transferido para outras utilidades sem complicações, ou quando para exercer a atividade não fosse necessária a implantação física de equipamentos e ferramentas que aderem ao solo, ou

²⁸ Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 650.

finalmente nas situações em que os riscos da precariedade, assumidos pelo permissionário, fossem compensados pela rentabilidade do serviço ou pelo prazo curto em que seria obtida a remuneração desejada³⁰.

Um ponto sobre a permissão de serviços públicos que merece atenção é a questão do prazo. Teoricamente, levando-se em conta a natureza e a legislação aplicável a este tipo de delegação, a permissão deveria ocorrer sem um prazo determinado. Entretanto, há no Brasil permissões com prazo estipulado, o que inclusive pode gerar ao permissionário, em caso de revogação antes do prazo, um direito à indenização.

Hely Lopes Meirelles considera esta permissão, com prazo, uma espécie do gênero permissão, seria a permissão condicionada³¹. No mesmo sentido, Cretella Júnior a intitulou de permissão qualificada.³² Ao contrário, autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello defendem que, aceitar a possibilidade de fixação de prazo no instituto da permissão, o descaracterizaria de seu conceito, inclusive o tornando muito parecido, senão idêntico, à concessão de serviços públicos³³.

Nos dias atuais, são exemplos de serviços públicos que podem ser delegados aos particulares através de permissão, dentre outros, o transporte público coletivo (linhas de ônibus), a limpeza das vias públicas e a coleta de lixo.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 740.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 193.

³² CRETILLA JUNIOR, José (2003:319) apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 306.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 305.

2. A AUTORIZAÇÃO COMO FORMA DE DELEGAÇÃO

No capítulo anterior foram estudadas as duas formas de delegação dos serviços públicos previstas genericamente no artigo 175 da Constituição Federal. Ocorre que, no artigo 21 da Constituição, nos incisos XI e XII, está prevista uma terceira forma, através da qual o Estado pode delegar serviços públicos, a autorização. Há ainda, no artigo 223 da Lei Magna, a previsão de autorização no caso de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens³⁴.

Existe na Doutrina, atualmente, uma controvérsia sobre este instrumento, pois alguns autores não consideram a autorização uma forma de delegação dos serviços públicos. O dilema está no fato de que o artigo 175 da Constituição, que trata genericamente sobre as formas pelas quais o Estado pode transferir a prestação dos serviços públicos ao particular, não faz qualquer menção sobre a autorização. Além disso, como será estudado detalhadamente, diferentemente da concessão e da permissão, a autorização não é um contrato, mas um ato administrativo, e não precisa ser precedida de licitação.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵, a autorização é uma forma “anormal” de delegação, conforme se observa da lição transcrita abaixo:

Já no art. 175, sua dicção é específica ao dizer que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos”. Ou seja, neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

Ao contrário, os administrativistas que admitem a autorização como forma de delegação de serviços públicos, entendem que o instrumento pode ser utilizado em duas hipóteses. Primeiro, em situações de emergência, situações transitórias ou situações especiais, e, segundo, nos casos em que o serviço é prestado a um grupo restrito de usuários, sendo o

³⁴ Art. 21, X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 674.

autorizado o principal ou exclusivo beneficiário daquela prestação, como exemplo a atividade exercida entre praticantes do radioamadorismo³⁶.

No trabalho em tela, em que a autorização é proposta como a melhor forma em casos de delegação de serviços de transporte aéreo (transporte regular), considera-se o instituto como uma das formas pela qual o Estado pode delegar serviços dos quais é titular aos particulares. A seguir o ato de autorização será estudado com maior profundidade.

2.1 CONCEITO

A autorização, como modalidade de delegação, é um ato unilateral, precário e discricionário, através do qual o Poder Público delega aos particulares determinados serviços que lhe são exclusivos (titularidade exclusiva)³⁷.

Na delegação de serviço público, por meio de autorização, não há previsão legal que obrigue o Estado a realizar licitação prévia para a escolha do particular a ser autorizado. Contudo, também não há proibição para que se realize um processo de seleção com o objetivo de escolher o melhor autorizatário. Caso haja qualquer seleção, ficará a Administração vinculada aos termos do edital de convocação.³⁸

Em regra, por ser um ato precário e discricionário, a autorização para prestar um determinado serviço não tem um prazo determinado, podendo pelos mesmos motivos ser revogada a qualquer tempo, sem dar ensejo a direito de indenização. Caso, haja uma autorização com prazo determinado, assim como na permissão, se aquela for revogada antes do tempo, poderá gerar ao particular direito à indenização pelos prejuízos que comprovadamente este sofra causados pela interrupção.

Para Hely Lopes Meirelles³⁹, nos casos de autorização para atender serviços instáveis ou emergenciais “a remuneração dos serviços é tarifada pela Administração, como

³⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 715.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 229.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 445.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 445.

os demais de prestação ao público, dentro das possibilidades de medida para oferecimento aos usuários. A execução normalmente deve ser pessoal e intransferível a terceiros”.

2.2 AUTORIZAÇÃO SEM NATUREZA DE DELEGAÇÃO

Além da autorização como instrumento de delegação de serviços públicos, existe outra com natureza diversa, que é a autorização outorgada no exercício de poder de polícia administrativa como condição para a prática de atividades privadas.

São exemplos de situações em que se faz necessária este tipo de autorização do Poder Público, dentre vários outros, os serviços de táxi, de despachante e de guarda particular de residências. Por mais que estas não sejam atividades tipicamente públicas, é necessário que a Administração cadastre os executores e controle, quando necessário, a atuação deles com a população e com os órgãos administrativos de suas respectivas atividades⁴⁰.

Nestes casos, o ato administrativo que autoriza tem como objeto uma atividade exercida, sob regime de direito privado, por particulares ou pelo Estado. Esta atividade pode ser de interesse privado ou de interesse social, contudo, não é de titularidade exclusiva do poder público, o que por si só já exclui a possibilidade de delegação, que necessariamente precisa de um serviço do qual o Estado é o titular exclusivo⁴¹.

Precisos os comentários de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁴² sobre este tipo de autorização, *in verbis*:

Configura, aquela autorização, um ato administrativo de controle prévio que condiciona o exercício, pelo particular, de uma atividade privada, regida pelo direito privado e aberta à livre iniciativa (desde que o particular interessado em exercer a atividade obtenha o ato de autorização, evidentemente).

Esta autorização, como ato de polícia pode ser exigida do particular tanto em situações em que a atividade atende a interesse do particular, como em situações de interesse social em que o serviço não seja de titularidade exclusiva do Estado. No caso de

⁴⁰ Ibidem, p. 446.

⁴¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 714.

⁴² ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 714.

interesse do particular tem-se como exemplo a necessidade de autorização para o uso privativo de bem público ou para o porte de arma, enquanto que no caso de interesse social tem-se como exemplo o serviço privado de educação que precisa ser autorizado pela Administração, conforme previsto no art. 209, II, da Constituição⁴³.

Há também a possibilidade da autorização (ato de polícia) ser exigida nos casos que se enquadram no parágrafo único, art. 170, da Constituição, que assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Nestes casos, a autorização pode vir a ser exigida para garantir que o exercício de uma determinada atividade econômica não gere dano à coletividade.

Conclui-se, portanto, que existe nitidamente uma autorização sem natureza de delegação, pois há casos em que o Poder Público precisa autorizar atividades dos particulares, que nada tem a ver com a delegação de um serviço público do qual o Estado tem a titularidade exclusiva da prestação.

2.3 PARTICULARIDADES DA AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES

Preliminarmente, faz-se necessário destacar que a Constituição Federal estabelece em seu art. 21, XI, que compete à União a prestação dos serviços de telecomunicações e estes podem ser delegados por concessão, permissão ou autorização. Isso significa que estes são serviços públicos do qual o Estado é titular, podendo por delegação, transferir a prestação aos particulares⁴⁴.

Dito isso, a Lei nº 9.472 de 1995 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, no Título III – Dos Serviços Prestados em Regime Privado, Capítulo II - Da Autorização de Serviço de

⁴³ Art. 209, II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁴⁴ Art. 21, XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Telecomunicações, inovou ao trazer para o mundo jurídico uma nova espécie de autorização como ato de delegação de serviço de telecomunicações.

No par. 1º e caput, do art. 131, a LGT define a autorização de serviço de telecomunicações como um ato administrativo vinculado que autoriza a exploração de serviço de telecomunicações em regime privado⁴⁵.

Como se percebe, este ato é muito diferente do estudado acima, pois uma das principais características da autorização é que esta é um ato precário, revogável a qualquer momento e sem prazo determinado, diferente de um ato vinculado. Na LGT esta precariedade foi evidentemente afastada pelo legislador no art. 142, parágrafo 2º, quando este garantiu ao particular o direito de, no caso de extinção da autorização por interesse público, manter suas atividades por um prazo mínimo de cinco anos⁴⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁷ defende primeiro, que o emprego do vocábulo “vinculado” contrariou o entendimento doutrinário, e segundo, que o uso incorreto de autorização não justifica a alteração de seu conceito.

Pode-se dizer até que este ato de autorização da LGT, por ser um ato vinculado, mais se parece com uma licença do que com uma autorização de serviços públicos. A licença, segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁸, é um ato administrativo vinculado, unilateral, “pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”.

⁴⁵ Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

⁴⁶ Art. 141, § 2º - Decretado o decaimento, a prestadora terá o direito de manter suas próprias atividades regulares por prazo mínimo de cinco anos, salvo desapropriação.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 229.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 674.

Para Cretella Júnior ⁴⁹, a diferença entre o instituto da autorização e o da licença está no fato de que no primeiro caso há interesse e o ato é discricionário, enquanto que no segundo, existem direitos e o ato é vinculado. Segundo Maria Zanella Di Pietro, “a autorização é ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito preexistente”.

Pertinentes são os comentários de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁵⁰, diferenciando a autorização da LGT do instituto da licença:

Em nossa opinião, contudo, o ato a que se refere o parágrafo 1.º do art. 131 da LGT não pode ser considerado uma licença, conforme tradicionalmente descrita pela doutrina, exatamente porque esta é um ato administrativo praticado no exercício de poder de polícia. A licença possibilita ao particular o exercício de um direito subjetivo concernente a uma atividade de natureza privada, e não a uma atividade de titularidade exclusiva do poder público.

Por fim, não há na doutrina um consenso sobre este instituto da LGT, entretanto, conforme visto no primeiro parágrafo deste tópico, os serviços de telecomunicações são serviços públicos de titularidade exclusiva da Administração, o que por si só já afasta esta dúvida em relação à licença, pois não há como se delegar serviços públicos de titularidade da União ao particular através de licença.

Por outro lado, a LGT já está em vigor há mais de dez anos e até o presente momento o artigo em análise não foi declarado inconstitucional. Isto leva a crer que realmente a lei criou uma nova espécie de autorização.

⁴⁹ CRETILLA JUNIOR, José (2003:319) apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 230.

⁵⁰ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010. p. 717.

3. DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO REGULAR

Inicialmente, antes de tratar especificamente das formas pelas quais a União pode delegar os serviços de transporte aéreo, é necessário fazer uma breve descrição sobre o setor e tratar da legislação constitucional e infra-constitucional de Direito Aeronáutico.

3.1. BREVE DESCRIÇÃO DO SETOR

Nos últimos dez anos, o mercado brasileiro de transporte aéreo regular doméstico sofreu diversas alterações, como o desaparecimento e surgimento de empresas, a mudança da autoridade de aviação civil e o aumento expressivo da utilização pela população do transporte aéreo.

Em relação às empresas, no ano 2000, segundo dados do extinto Departamento de Aviação Civil, o mercado doméstico brasileiro era liderado pela Varig (Varig, Rio Sul e Nordeste), seguido por TAM, Vasp e Transbrasil⁵¹. Atualmente, segundo dados comparativos⁵² divulgados pela ANAC em abril de 2011, o mercado está da seguinte forma, a TAM é líder, seguida por GOL, AZUL, WEBJET, TRIP e AVIANCA.

Como se observa, em dez anos, o mercado das companhias aéreas mudou completamente, pois algumas empresas grandes à época, como Vasp e Transbrasil, foram à falência e deixaram de existir, enquanto outras empresas como GOL, WEBJET e AZUL surgiram e ganharam mercado.

A GOL Linhas Aéreas⁵³, por exemplo, fundada em 2001 com poucas aeronaves, terminou o ano de 2010 com uma frota de 114 aeronaves e sendo uma das maiores empresas aéreas *low-cost and low-fare* (de baixo custo e baixa tarifa) do mundo. Desde sua criação, a empresa já transportou mais de 130 milhões de passageiros.

⁵¹ ANUÁRIO do Transporte Aéreo 2000. Volume I – Dados Estatísticos. Departamento de Aviação Civil. <<http://www2.anac.gov.br/estatistica/anuarios.asp>>. Acesso em 01/05/2011.

⁵² DADOS Comparativos Avançados relativos a Março de 2011. Agência Nacional de Aviação Civil. <<http://www2.anac.gov.br/dadosComparativos/DadosComparativos.asp>>. Acesso em 01/05/2011.

⁵³ GOL Linhas Aéreas. Histórico da GOL <<http://www.voegol.com.br/ri/>>. Acesso em 07/05/2011.

Outro exemplo, ainda mais recente, é da AZUL Linhas Aéreas⁵⁴. Criada em março de 2008, a empresa iniciou suas operações em dezembro do mesmo ano com apenas dois aviões Embraer 190 e um avião Embraer 195. Desde sua criação que a AZUL não para de bater recordes; primeiro, foi a companhia que teve início com o maior investimento da história, duzentos milhões de dólares; segundo, foi a companhia que em menos tempo transportou um milhão, dois milhões, três milhões, quatro milhões, cinco milhões, seis milhões, sete milhões e oito milhões desde sua fundação. Em menos de três anos, a empresa aérea já tem aproximadamente 8% de participação no mercado doméstico brasileiro.

Outra mudança importante da última década ocorreu em setembro de 2005, quando a Lei nº 11.182 criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC⁵⁵, que atualmente está vinculada à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. Esta nova agência, fundada em 2006, é uma autarquia submetida a regime especial e que substituiu o Departamento de Aviação Civil – DAC como autoridade responsável pela regulação e fiscalização das atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Como o DAC fazia parte do extinto Ministério da Aeronáutica (transformado em Comando da Aeronáutica, subordinado ao Ministério da Defesa), houve, desde a criação da ANAC, uma desmilitarização dentro da autoridade aeronáutica, que passou a ser exercida por uma agência civil. A agência é composta por uma diretoria colegiada, formada por cinco diretores, que são nomeados pelo Presidente da República para um mandato de cinco anos, após aprovação pelo Senado Federal.

Por fim, observa-se que, nos últimos anos, segundo dados da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, a demanda por transporte aéreo regular doméstico no Brasil não para de crescer. Como exemplo, em 2009 a demanda cresceu 17,65% em relação a 2008 e em 2010 a demanda cresceu 23,47% em relação a 2009⁵⁶.

⁵⁴ AZUL Linhas Aéreas. A História da Azul <<http://www.voeazul.com.br/asp/nossaHistoria.aspx>>. Acesso em 07/05/2011.

⁵⁵ AGÊNCIA Nacional de Aviação Civil. Institucional. <http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=7>. Acesso em 07/05/2011.

⁵⁶ DADOS Comparativos Avançados. ANAC. <<http://www2.anac.gov.br/dadosComparativos/DadosComparativos.asp>>. Acesso em 07/05/2011.

Recentemente, inclusive, segundo reportagem do jornal Folha de S.Paulo, as viagens de avião dobraram nos últimos oito anos e, pela primeira vez, em 2011, o número de passageiros de avião superou o de viajantes de ônibus interestaduais. Os principais motivos desses números são a melhoria da renda dos brasileiros, principalmente a partir de 2007, e as facilidades criadas pelas empresas para vender passagens, como por exemplo o parcelamento em várias prestações⁵⁷.

Ainda segundo a reportagem, em estudo encomendado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT à Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIFE, constatou-se que em 2010, 66 milhões de pessoas fizeram viagens interestaduais de avião, contra 67 milhões que fizeram de ônibus. Como o transporte aéreo já cresceu 10% no primeiro bimestre de 2011, comparado ao mesmo período de 2010, e a ocupação nos ônibus no país apresenta queda desde 2003, a utilização dos aviões já teria ultrapassado a dos ônibus.

Diante deste cenário, de grandes mudanças, destacando que as principais leis que tratam sobre o transporte aéreo no Brasil, a Constituição Federal e o Código Brasileiro de Aeronáutica, são de 1988 e 1986, respectivamente, acredita-se que estas estão ultrapassadas e que novas leis devem ser criadas diante das realidades atuais.

3.2 A AVIAÇÃO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO

Constitucionalmente, a aviação civil foi tratada pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, no seu art. 5º, inciso VIII, estabelecendo que⁵⁸ competia privativamente à União “explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso (...)”, redação que foi mantida na Constituição de 1937.

Posteriormente, houve uma inovação na Constituição de 1946, quando foi incluído o instituto da autorização⁵⁹. Estabelecia o artigo 5º, inciso XII, que competia à União explorar diretamente ou indiretamente por concessão ou autorização os serviços de navegação

⁵⁷ AMORA, Dimmi. MATAIS, Andreza. Viagens de avião dobram em oito anos. Folha de S.Paulo, São Paulo, 22/03/2011.

⁵⁸ PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica**: (Leis nº 7.565, de 19.12.1986, e 11.182, de 27.09.2005). 4. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵⁹ Ibidem.

aérea. Esse texto foi mantido na Constituição de 1967 (art. 8º, XV, “c”) e também na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

A Constituição Federal em vigor, de 1988, estabelece em seu art. 21, inciso XII, alínea C, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária. O texto constitucional também estabelece também a competência privativa da União para legislar sobre Direito Aeronáutico. O artigo 178 da Constituição estabelece, ainda, que a lei disporá sobre a ordenação do transporte aéreo, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Observa-se, portanto, que há na Constituição três pontos principais sobre o tema⁶⁰. Em primeiro lugar, a aviação é principalmente um tema assunto de responsabilidade federal, pois compete privativamente à União legislar sobre o assunto e também a regulação na esfera administrativa.

Em segundo lugar, cabe ao legislador ordinário decidir se os serviços aéreos serão submetidos ao regime de direito público ou ao regime de direito privado. Se submetidos ao regime de direito público, será por meio de concessão ou permissão e o tratamento é de serviço público; se submetidos ao regime de direito privado, será por autorização e o tratamento é de atividade econômica.

Em terceiro lugar, exige-se, nos casos de acordos internacionais, no transporte internacional, que se cumpra o princípio da reciprocidade, pelo qual o Brasil só pode liberar linhas internacionais para empresas estrangeiras, se empresas brasileiras tiverem o mesmo benefício no outro país.

3.3 LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

O Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, promulgado pela Lei nº 7.565 de 1986, é a principal fonte do Direito Aeronáutico Brasileiro e trata de todos os temas relacionados à aviação civil.

⁶⁰ CARVALHO PINTO, Victor. O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica. Consultoria Legislativa do Senado Federal (texto para discussão nº 42). Brasília. 2008. p. 15-16. <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm>. Acesso em 09/05/2011.

O CBA tem mais de trezentos artigos dispostos em onze títulos: introdução; do espaço aéreo e seu uso para fins aeronáuticos; da infra-estrutura aeronáutica; das aeronaves; da tripulação; dos serviços aéreos; do contrato de transporte aéreo; da responsabilidade civil; das infrações e providências administrativas; dos prazos extintivos; disposições finais e transitórias.

Para este estudo, o capítulo VI, que trata dos serviços aéreos, é o que tem maior relevância. Principalmente, a seção I, do capítulo III que trata da autorização ou concessão para os serviços aéreos públicos.

Atualmente, faz-se necessário interpretar o CBA em acordo com a lei 11.182, de 2005, que criou a ANAC, especialmente em relação a novos conceitos que surgiram com a lei, como a liberdade para exploração de linhas aéreas e o regime de liberdade tarifária⁶¹.

Em relação aos institutos da concessão e autorização nos transportes aéreos, a aplicação destes foi regulamentada inicialmente pelo Decreto nº 72.898, de 1973, que foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 99.677, de 1990, que previu a expedição, pelo Ministro da Aeronáutica, de instruções para a exploração de serviços aéreos e para a constituição de novas empresas.

Existem ainda outras leis de Direito Aeronáutico que tratam, dentre outros temas, sobre infra-estrutura, aeroclubes e planos aeroviários, mas que não são relevantes para este trabalho.

Para Victor Carvalho Pinto⁶², esse conjunto de leis (Constituição, CBA, Lei da ANAC, e outras) está defasado e confuso, pois adotam terminologias distintas e nem sempre precisas. Há ainda dispositivos antigos, incompatíveis com normas posteriores, mas que não foram revogados. Para o autor, a legislação aeronáutica demanda uma atualização de

⁶¹ Art. 48. § 1º Fica assegurada às empresas concessionárias de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na ANAC, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequadas expedidas pela ANAC.

Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

⁶² CARVALHO PINTO, Victor. O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica. Consultoria Legislativa do Senado Federal (texto para discussão nº 42). Brasília. 2008. p. 18. <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm>. Acesso em 09/05/2011.

paradigmas com a finalidade de harmonizá-la com os modernos conceitos de regulação econômica.

3.4 DO REGIME DE EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS PÚBLICOS

O Código Brasileiro de Aeronáutica divide os serviços aéreos públicos em três categorias: transporte aéreo regular, transporte aéreo não regular e serviços especializados. Nos termos do art. 180, do CBA, a exploração do transporte regular depende de concessão, enquanto que as outras duas formas, o transporte não regular e os serviços especializados, dependem de autorização.⁶³ Neste trabalho, que tem como foco o transporte aéreo regular, será tratada apenas a concessão para exploração de transporte aéreo regular.

3.4.1 A concessão do transporte aéreo regular

A concessão para exploração de serviços de transporte aéreo regular somente será dada, nos termos do art. 181, do CBA⁶⁴, à pessoa jurídica que tenha sede no Brasil e 80% do capital votante pertencente a brasileiros. Além disso, a direção da empresa deve ser confiada exclusivamente a brasileiros.

Preenchendo os requisitos do CBA, a empresa que se proponha a explorar o serviço de transporte aéreo deverá, antes de requerer a concessão, nos termos do art. 184 do CBA⁶⁵ e da Portaria 536/GC5, de 1999⁶⁶, submeter um pedido de autorização para funcionamento jurídico à ANAC.

⁶³ Art. 180 - A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

⁶⁴ Art. 181 - A concessão somente será dada à pessoa jurídica brasileira que tiver:

I - sede no Brasil;

II - pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, pertencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III - direção confiada exclusivamente a brasileiros.

⁶⁵ Art. 184 - Os atos constitutivos das sociedades de que tratam os artigos 181 e 182 deste Código, bem como suas modificações, dependerão de prévia aprovação da autoridade aeronáutica, para serem apresentados ao Registro do Comércio.

⁶⁶ Portaria do Comando da Aeronáutica que regulamenta os pedidos de autorização para funcionamento jurídico e autorização ou concessão para exploração dos serviços aéreos públicos.

Este pedido de autorização para funcionamento jurídico, em acordo com o art. 2º da Portaria 536/GC5, de 1999, deverá ser instruído com os atos constitutivos da empresa; com o capital social da empresa; com o plano básico dos serviços a serem executados, especificando a rede linhas que ensejará o início das atividades; com a especificação das aeronaves a serem empregadas e sua forma de aquisição; e com o planejamento estratégico do empresário, contemplando as fases de implantação, consolidação e expansão do projeto.

Após o exame do pedido de autorização em seus aspectos jurídicos, econômico-financeiros, técnico-operacionais e administrativos (art. 3º da Portaria 536/GC5), a autorização será efetivada através de publicação de portaria e do arquivamento dos atos constitutivos da empresa na Junta Comercial (art. 4º, da Portaria 536/GC5).

Esta autorização habilita a empresa a solicitar outra autorização para importação de aeronaves, a registrá-las no Registro Aeronáutico Brasileiro – RAB e a solicitar o Certificado de Homologação Aeronáutica – CHETA, na forma do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica – RBHA (art. 5º, da Portaria 536/GC5).

Cumpridos estes requisitos, a empresa tem o prazo de um ano, após a publicação da portaria de autorização, para requerer a concessão para exploração dos serviços de transporte aéreo regular (art. 6º, da Portaria 536/GC5). Após a assinatura do contrato de concessão entre a ANAC e a empresa, esta poderá solicitar rotas e horários (os chamados Horários de Transporte – Hotran) para operar vôos domésticos regulares de passageiros, carga e mala postal.

Em 2008, por exemplo, a AZUL Linhas Aéreas passou por todos estes procedimentos que, segundo a Assessoria de Imprensa da ANAC ocorreram da seguinte forma:

ANAC aprova concessão para a Azul Linhas Aéreas

Brasília, 27 de novembro de 2008 – Foi assinado no fim da tarde de ontem (26/11/2008), na sede da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC em Brasília, o Contrato de Concessão entre a ANAC e a empresa Azul Linhas Aéreas. A partir da assinatura, a empresa está apta a solicitar rotas e horários (os chamados Horários de Transporte – Hotran) para operar vôos domésticos regulares de passageiros, carga e mala postal.

Somente após a autorização pela ANAC de cada Hotran solicitado é que a Azul poderá iniciar a venda efetiva das respectivas passagens. O Hotran é a permissão que todas as companhias aéreas necessitam para poder operar uma nova rota ou alterar o horário de um voo já em operação. Essa autorização pode levar até 30 dias. Os pedidos de rotas feitos pela Azul anteriormente não são válidos, uma vez que a empresa ainda não tinha a concessão para explorar comercialmente o serviço de transporte aéreo no país, o que só ocorre após a assinatura do contrato.□□

O Contrato de Concessão será válido por 10 anos. Como todas as demais empresas aéreas, a Azul está submetida à legislação brasileira e às leis e regulamentos específicos do setor, em especial o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBAer) e o Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica (RBA 121), que trata da aviação regular.□□

A Azul deu entrada no pedido de Autorização de Funcionamento Jurídico na ANAC no dia 12/03/2008 e cumpriu a exigência no dia 18/06. Depois disso, iniciou o cumprimento de requisitos para o Certificado de Homologação de Empresa de Transporte Aéreo (CHETA), que foi emitido no dia 7/11/2008 pela ANAC. Após as últimas análises econômicas e jurídicas, o assunto foi votado pela diretoria colegiada da ANAC e foi assinado o Contrato de Concessão no dia 26/11/2008.⁶⁷

3.4.2. A obrigatoriedade de procedimento licitatório

Conforme estudado acima, o art. 175 da Constituição dispõe que será sempre através de licitação que o Poder Público delegará a prestação de serviços públicos, sob regime de concessão, aos particulares. No mesmo sentido, o art. 14, da Lei nº 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prevê que toda concessão será obrigatoriamente precedida de licitação⁶⁸.

Na Lei nº 8.666, de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração, o art. 122 assevera que “nas concessões de linhas aéreas, observar-se-á procedimento licitatório específico, a ser estabelecido no Código Brasileiro de Aeronáutica”. Atualmente, após aproximadamente dezoito anos que a lei está em vigor, ainda não há no CBA qualquer norma sobre procedimento licitatório e nem em regulamentações posteriores.

⁶⁷ ANAC aprova concessão para a Azul Linhas Aéreas. Assessoria de Imprensa da ANAC. Brasília. 2008. <http://www2.anac.gov.br/imprensa/anac_azul_linhas_aereas.asp>. Acesso em 09/05/2011.

⁶⁸ Art. 14 - Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Dessa forma, infere-se da leitura dos dispositivos acima, bem como do art. 180 do CBA, segundo o qual a exploração de serviços aéreos públicos (transporte aéreo regular) dependerá sempre de concessão prévia, que seria obrigatório nestes casos a existência de um procedimento licitatório.

Apesar disso, a concessão para exploração de serviços aéreos vem sendo, há tempos, outorgada sem qualquer tipo de licitação. Antes da Constituição de 1988, em 1973, quando não era obrigatório realizar licitação para outorgar concessão de serviços públicos, o Decreto 72.898 outorgou concessões para as empresas VARIG, VASP, Cruzeiro e Transbrasil pelo prazo de 15 anos. Em 1988, o Decreto 95.910, prorrogou estas concessões por mais 15 anos.

Posteriormente à Constituição de 1988, em 2001, a Portaria 1/GC5 outorgou⁶⁹ a concessão à GOL Linhas Aéreas. Em 2003, o Presidente da República, prorrogou as concessões outorgadas anteriormente às empresas VARIG e VASP.

Em 18 de novembro 2008, quando a ANAC já existia, esta aprovou o contrato de concessão da AZUL Linhas Aéreas por decisão unânime em reunião de Diretoria⁷⁰. Em 26 de novembro de 2008, a Agência e a empresa aérea assinaram o contrato de concessão, válido por 10 anos.

Em todos estes casos, que ocorreram em diferentes épocas e sob situações jurídicas distintas, a concessão dos serviços aéreos públicos ocorreu sem que houvesse licitação, contrariando dispositivos constitucionais e infra-constitucionais a partir da promulgação da Constituição de 1988.

⁶⁹ Art. 1º - Ficam prorrogadas até 31 de dezembro de 2010, a contar de 10 de outubro de 2003, as concessões para exploração de serviços aéreos outorgadas pelo Decreto nº 72.898, de 9 de outubro de 1973, e prorrogadas pelo Decreto nº 95.910, de 11 de abril de 1988, às empresas VARIG S.A. - Viação Aérea Rio-Grandense e VASP - Viação Aérea São Paulo S.A.

⁷⁰ BRASIL. Processo nº 60800.015255/2008-49; Interessado: Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A.; Assunto: outorga de concessão para exploração de serviço de transporte aéreo público regular de passageiro, carga e mala postal; ANAC. <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/AtasDaDiretoria/AtaDiretoria181108.pdf>>. Acesso em 09/05/2011.

3.4.3. O acórdão 346/2008 do Tribunal de Contas da União

Em 2004, quando a consultoria do Senado Federal questionou a ação do Departamento de Aviação Civil de suspender a promoção de passagens da empresa GOL a R\$50,00 (cinquenta reais), surgiu, durante a argumentação técnica do DAC, a questão do transporte aéreo regular de passageiros ser um serviço público, entretanto, nunca terem ocorrido licitações para sua outorga, conforme era normal no caso de outorga de outros serviços públicos.

Diante desta situação, o Senador Mozarildo Cavalcanti levou a questão ao Tribunal de Contas da União - TCU, onde foi aberta uma auditoria operacional para verificar a regularidade dos contrato de concessão de transporte aéreo regular de passageiros.

Em relatório adotado pelo Relator Ministro Raimundo Carneiro, os analistas do TCU observaram que para explorar serviços aéreos de transporte regular é necessário obter uma concessão, ocorre que, o processo de outorga deste tipo de serviço configura-se na prática como uma habilitação, em que avaliam determinadas condições do proponente. Não há uma competição entre proponentes em que um deles será escolhido em detrimento do outro. Ainda, diferentemente de outras outorgas, na de serviços aéreos, a iniciativa da outorga não tem sido do Poder Público, mas de um proponente⁷¹.

Outra observação importante no relatório da auditoria realizada no TCU é referente à dinâmica dos serviços prestados no setor aéreo, pois a concessão é dada para um conjunto de linhas e a inclusão de novas linhas não implica em nova outorga de concessão. Neste setor, diferentemente do que normalmente ocorre nas outras concessões em que as alterações são por iniciativa do Poder Público, há uma constante modificação nas malhas das empresas aéreas por iniciativa destas.

Em relação à obrigatoriedade de licitação na concessão de transporte aéreo regular, a equipe do TCU chegou a duas conclusões que merecem destaque. Primeiro, concluiu-se que a obrigatoriedade do procedimento licitatório prevista na Lei nº 8.987/1995 se aplica nos casos de concessão desses serviços aéreos, razão pela qual os contratos de

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Raimundo Carneiro. Acórdão 346/2008. Diário Oficial da União de 07 de março de 2008.

concessão assinados entre o DAC e a empresas aéreas sem licitação, após a Constituição de 1988, infringiram a legislação brasileira.

Segundo, concluiu-se que, caso o Poder Público entenda que a concessão é a melhor forma para delegar serviços aéreos, deve propor alterações da legislação permitindo que novas outorgas sejam concedidas com dispensa ou inexigibilidade de licitação, de forma semelhante à Lei nº 9.472/1997 que trata da outorga de concessão de serviços públicos de telecomunicação.

Quanto ao instituto da concessão em si, os auditores concluíram o seguinte:

166. O instituto da concessão foi idealizado para a prestação de serviços públicos em situações de monopólio natural, em que não há condições de competição e, portanto, aplica-se forte regulação econômica. Alguns elementos indicam que este instituto não parece adequado ou aderente à atual realidade do transporte aéreo regular de passageiros no Brasil.

(...)

168. Nesse sentido, é oportuno recomendar ao que o Conac avalie, com base no art. 3º da Lei nº 11.182/05, sobre a adequação dos institutos da permissão e da concessão para a prestação dos serviços de transporte aéreo regular de passageiros, frente às vantagens que o instituto da autorização parece conferir em termos de flexibilidade para manter o setor aéreo funcionando segundo sua atual dinâmica operacional. A utilização deste instituto é possível em função do disposto no art. 21, XII, c, da Constituição: “Compete à União (...) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária”.

Ao final, os Ministros do TCU, em consonância com o voto do Ministro Relator, determinaram ao Conselho de Aviação Civil que realizasse estudos para avaliar se o instituto da concessão era o mais indicado para o transporte aéreo regular de passageiros ou se devia ser proposta alguma alteração na legislação vigente, e que, caso concluíssem pela concessão, que adotassem as medidas necessária para adaptar a legislação do CBA à Constituição Federal de 1988 e à Lei nº 8.987/95.

Desta forma, pode-se concluir da leitura do acórdão acima mencionado, que o Tribunal de Contas da União constatou, acima de qualquer coisa, que o modelo atual de concessão dos serviços públicos de transporte aéreo regular está equivocado, pois viola,

principalmente, o art. 175 da Constituição. Além disso, ressalta-se que o tribunal previu a possibilidade de se utilizar o instituto da autorização.

4. PROJETO DE LEI Nº 6.961/2010: NOVO REGIME DE DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS AÉREOS

Em 11 de março de 2010, o Presidente da República enviou para deliberação do Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.961, que visa alterar e acrescentar dispositivos à Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica⁷².

O projeto foi proposto, em 20 de outubro de 2009, pelo Presidente do Conselho de Aviação Civil – CONAC, o Ministro da Defesa, através da exposição de motivos nº 326/MD, na qual defende-se que o objetivo do projeto é estabelecer um novo paradigma ao modelo em que os serviços aéreos são organizados e prestados, garantindo a segurança jurídica necessária para estímulo e desenvolvimento da aviação nacional e adequando o setor à realidade mundial⁷³.

Destaca-se, preliminarmente, que em 06 de novembro de 2008, o Presidente do CONAC resolveu, com base no Acórdão 346/2008 do TCU e em estudo realizado pela Secretaria de Aviação Civil do Ministério da Defesa, declarar o instituto da concessão inadequado para exploração comercial de serviços aéreos, considerar o da autorização como o mais adequado e determinar ao Ministério da Defesa que elaborasse proposta de alteração na legislação.⁷⁴

Nas considerações da resolução acima, o Presidente do CONAC⁷⁵ levou em consideração, além do acórdão do TCU e do estudo da Secretaria de Aviação Civil, os quatro aspectos transcritos abaixo:

CONSIDERANDO que a outorga de serviços aéreos corresponde à autorização para entrada em operação de empresas no setor de aviação civil, não sendo, portanto, associado à outorga de linhas aéreas;
CONSIDERANDO a inaplicabilidade de licitação, incluindo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, no processo de outorga de serviços aéreos;

⁷² BRASIL. Projeto de Lei nº 6.961, de 2010.

⁷³ BRASIL. Conselho de Aviação Civil. Exposição de Motivos nº 326/MD, de 20 de outubro de 2009. p. 11.

⁷⁴ BRASIL. Conselho de Aviação Civil. Resolução nº 007/2008, de 06 de novembro de 2008.

⁷⁵ BRASIL. Conselho de Aviação Civil. Resolução nº 007/2008, de 06 de novembro de 2008.

CONSIDERANDO a inaplicabilidade das cláusulas essenciais do contrato de concessão constantes do art. 23, incisos I, IV, V, X, XI, XII, da Lei 8.987/95; e

CONSIDERANDO que de fato, o instituto da autorização – ato administrativo vinculado aos moldes do instituído pela Lei 9.472/97 – é o que mais se assemelha à prática atual de outorga de serviços aéreos.

Foi constatado, portanto, no CONAC, o que já havia sido pelo TCU, o modelo de outorga dos serviços aéreos estava, não só inadequado, mas estava também infringindo a Constituição e a Lei 8.987, por isso a necessidade de alterar a legislação em vigor.

Assim sendo, a partir desta resolução surgiu o PL 6.961. Levando-se em conta o objetivo do presente trabalho, a principal alteração proposta no PL nº 6.961 é a mudança do instituto da concessão para o instituto da autorização nos casos de delegação aos particulares dos serviços de transporte aéreo regular⁷⁶.

Diferentemente da Lei 7.565/86 em vigor, no novo projeto, há uma definição clara do que são serviços aéreos públicos; são serviços de transporte aéreo público de passageiro, carga ou mala postal, regular ou não regular, doméstico ou internacional⁷⁷.

O instituto da autorização, proposto para outorga de serviços de transporte aéreo público regular, não será um ato precário (ato administrativo vinculado) e não terá prazo (não sujeito a termo final). Além disso, a exploração do serviço aéreo público regular se dará sob regime de direito privado⁷⁸. Esta autorização de serviço de transporte aéreo em muito se parece, portanto, com o instituto da autorização previsto na Lei Geral de Telecomunicações.

Apesar da troca do instituto da concessão para o instituto da autorização, há previsão no PL 6.961 para criação de uma lei que permita, em casos excepcionais, que certas

⁷⁶ Art. 180-B. A exploração de serviço de transporte aéreo público será realizada mediante autorização expedida pela autoridade de aviação civil.

⁷⁷ Art. 180-A. Caput.

⁷⁸ Art. 180-B. Parágrafo 1º - Para os fins desta Lei, entende-se por autorização de serviço de transporte aéreo público o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, não sujeito a termo final, de modalidade de serviços de transporte aéreo público, quando preenchidas as condições estabelecidas pela autoridade de aviação civil.”

linhas específicas sejam outorgadas mediante concessão e exploradas sob regime de direito público⁷⁹.

Diante, portanto, das constatações do Tribunal de Contas da União, da Secretaria de Aviação Civil, do Ministério da Defesa e do Conselho de Aviação Civil, não restam dúvidas que o instituto da autorização é a melhor maneira para o Poder Público delegar a prestação dos serviços de transporte aéreo regular.

Dessa forma, o PL nº 6.961 propõe o que já havia sido constatado pelo Tribunal de Contas da União, pela Secretaria de Aviação Civil e pelo Conselho de Aviação Civil, que o instituto da autorização é o mais adequado para o Poder Público delegar a prestação dos serviços de transporte aéreo regular.

Os serviços aéreos, que são serviços públicos de titularidade da união, poderiam, teoricamente, ser delegados através de concessão, permissão ou autorização. Entretanto, concessão e permissão são contratos administrativos que devem necessariamente ser precedidos de licitação, o que atualmente não é possível na dinâmica do mercado aéreo brasileiro. Sendo assim, a autorização é o único, dentre os institutos previstos pela Constituição, que pode ser utilizado na outorga da prestação deste tipo de serviço.

Neste caso, deve ser utilizada a mesma espécie de autorização criada pela Lei Geral de Telecomunicações, que é um ato administrativo vinculado que faculta a exploração do serviço quando a empresa preenche as condições estabelecidas pela Agência Nacional de Aviação Civil.

⁷⁹ Art. 180-B. Par. 2º.

CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho demonstrar qual a forma mais adequada para o Estado delegar serviços públicos de transporte aéreo regular, levando-se em conta a legislação atual e a realidade do setor de aviação civil brasileiro e mundial.

No início, observou-se que o conceito de serviço público passou por algumas mudanças ao longo dos anos, desde que surgiu na “Escola do Serviço Público”, na França. Chegou-se inclusive a falar em crise na noção de serviços públicos em duas épocas distintas, pois os conceitos não batiam com as realidades das atividades.

Atualmente no Brasil não há consenso doutrinário sobre a definição de serviços públicos, entretanto, não há dúvidas, de acordo com a Constituição e com o CBA, de que o serviço de transporte aéreo regular seja um serviço público.

Quanto à prestação dos serviços públicos, esta pode ocorrer de forma direta, quando os serviços são prestados diretamente pelo Estado, pela administração direta ou indireta. Já a prestação de forma indireta ocorre quando o Poder Público delega a prestação dos serviços aos particulares.

A delegação pode ocorrer através da concessão ou da permissão, que, em resumo, são contratos administrativos, sempre precedidos de licitação, através dos quais o Estado delega a prestação dos serviços. A concessão só pode ser outorgada a pessoa jurídica e deve ter prazo determinado, ao contrário da permissão que é um contrato precário e pode ser outorgada também a pessoa física.

Em seguida, analisou-se o instituto da autorização, primeiro como uma terceira forma de delegação de serviços públicos e, segundo, como poder de polícia, sem a natureza de delegação.

A principal diferença entre a autorização e os outros dois institutos de delegação, está no fato de que a autorização é um ato unilateral, precário e discricionário, em vez de contrato, além de não ser precedida de procedimento licitatório.

Há ainda uma nova espécie de autorização, prevista na Lei 9.472 (LGT), que é um ato administrativo vinculado através do qual o Poder Público pode delegar a prestação de serviços de telecomunicação.

Mais à frente, fez-se uma descrição do mercado da aviação civil brasileira com enfoque no transporte doméstico de passageiros. Pela primeira vez na história, no início de 2011, mais pessoas viajaram entre Estados de avião do que de ônibus. Mostrou-se, ainda, que na última década empresas como VARIG, VASP e TRANSBRASIL faliram e que a GOL e a AZUL surgiram, cresceram rápida e espantosamente, o que também demonstra o quanto a demanda está aumentando nos últimos anos.

Atualmente, a principal lei infraconstitucional sobre direito aeronáutico no país é o Código Brasileiro de Aeronáutica, de 1986, que foi recepcionado pela Constituição de 1988 e que trata de todos os temas relacionados à aviação.

Tratou-se, também, da regulação do mercado aéreo brasileiro, da forma atual como os serviços aéreos são explorados. Nos últimos 30 anos, todas as companhias assinaram um contrato de concessão com a autoridade aeronáutica e não ocorreu licitação em nenhum dos casos. Cita-se como exemplo VARIG, VASP, GOL e AZUL.

Hoje, para iniciar uma empresa aérea no Brasil, antes de requerer a concessão, é necessário submeter à ANAC um pedido de autorização para funcionamento jurídico, no qual se apresenta vários documentos, como o plano de negócios e os atos constitutivos.

Adiante, estudou-se o acórdão nº 348/2008 do TCU, em que o Tribunal, após uma auditoria no setor de contratos de concessão, concluiu que todas as concessões em vigor atualmente infringem a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.987/1995 (regime das concessões e permissões), e mais ainda, que o modelo atual de concessão previsto para os transportes aéreos é inadequado quando se analisa as características do mercado.

Após chegar a estas conclusões, o TCU determinou ao Conselho de Aviação Civil – CONAC que realizasse um estudo para definir qual a melhor forma de delegação dos

serviços públicos aéreos e, ao final, propusesse as alterações que se fizessem necessárias na legislação em vigor.

A determinação do TCU ao CONAC fez surgir o Projeto de Lei nº 6.961, de 2010. Em 06 de novembro de 2008, após um estudo realizado pela Secretaria de Aviação Civil, o Presidente do CONAC tomou três decisões; primeiro, declarou que o instituto da concessão era inadequado para a exploração comercial de serviços aéreos; segundo, considerou o instituto da autorização como o mais adequado para exploração dos serviços; e terceiro, determinou ao Ministério da Defesa que elaborasse proposta de alteração na legislação.

No Projeto de Lei nº 6.961 foi proposta uma grande alteração em relação à exploração dos serviços de transporte aéreos de passageiros. Na nova legislação, o instrumento de outorga desses serviços é a autorização, que em muito se parece com o instituto da Lei Geral de Telecomunicações, pois é um ato administrativo vinculado, sem prazo final, para exploração do serviço em regime privado.

Pode-se, assim, concluir, levando em conta as características dos serviços públicos, o mercado de aviação brasileiro, a Constituição e as leis infraconstitucionais, que a adoção da autorização como ato vinculado para delegar serviços públicos de transporte aéreo é a melhor opção.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA Nacional de Aviação Civil. Institucional.

<http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=7>. Acesso em 07/05/2011.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2010.

AMORA, Dimmi. MATAIS, Andreza. Viagens de avião dobram em oito anos. Folha de S.Paulo, São Paulo, 22/03/2011.

ANAC aprova concessão para a Azul Linhas Aéreas. Assessoria de Imprensa da ANAC. Brasília. 2008. <http://www2.anac.gov.br/imprensa/anac_azul_linhas_aereas.asp>. Acesso em 09/05/2011.

ANUÁRIO do Transporte Aéreo 2000. Volume I – Dados Estatísticos. Departamento de Aviação Civil. <<http://www2.anac.gov.br/estatistica/anuarios.asp>>. Acesso em 01/05/2011.

AZUL Linhas Aéreas. A História da Azul.

<<http://www.voeazul.com.br/asp/nossaHistoria.aspx>>. Acesso em 07/05/2011.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24. edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. Conselho de Aviação Civil. Exposição de Motivos nº 326/MD, de 20 de outubro de 2009.

BRASIL. Conselho de Aviação Civil. Resolução nº 007/2008, de 06 de novembro de 2008.

BRASIL. Processo nº 60800.015255/2008-49; Interessado: Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A.; Assunto: outorga de concessão para exploração de serviço de transporte aéreo público regular de passageiro, carga e mala postal; ANAC.

<<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/AtasDaDiretoria/AtaDiretoria181108.pdf>>. Acesso em 09/05/2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.961, de 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Raimundo Carneiro. Acórdão 346/2008. Diário Oficial da União de 07 de março de 2008.

CARVALHO PINTO, Victor. O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica. Consultoria Legislativa do Senado Federal (texto para discussão nº 42). Brasília. 2008. <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm>. Acesso em 09/05/2011.

DADOS Comparativos Avançados. ANAC. <<http://www2.anac.gov.br/dadosComparativos/DadosComparativos.asp>>. Acesso em 07/05/2011.

DADOS Comparativos Avançados relativos a Março de 2011. Agência Nacional de Aviação Civil. <<http://www2.anac.gov.br/dadosComparativos/DadosComparativos.asp>>. Acesso em 01/05/2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GOL Linhas Aéreas. Histórico da GOL <<http://www.voegol.com.br/ri/>>. Acesso em 07/05/2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PACHECO, José da Silva. **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica**: (Leis nº 7.565, de 19.12.1986, e 11.182, de 27.09.2005). 4. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.